

## La propiedad intelectual como bien jurídico penal

Róger Lenín Santos López<sup>15</sup>  
 Universidad Centroamericana, Nicaragua  
 rslopez22@hotmail.com

Fecha de recibido: Mayo 2017 / Fecha de aprobación: Junio 2017

### Resumen

El presente artículo tiene como objetivo analizar desde la concepción teórica del bien jurídico penal, los fundamentos para considerar a la propiedad intelectual y, específicamente al derecho de autor como bien jurídico penal. El artículo se estructura en dos partes, la primera está dirigida a explicar las funciones del bien jurídico penal y las principales contradicciones que existen en relación a su naturaleza jurídica; mientras que, la segunda analiza los principales retos y contradicciones que, en relación a la propiedad intelectual, y específicamente, al derecho de autor se manifiestan en su concepción como bien jurídico penal. En el desarrollo del artículo se utilizan métodos de investigación que se aplican tanto en los estudios de las ciencias sociales como en las ciencias jurídicas, entre ellos: el análisis, síntesis, inducción y deducción, teórico-jurídico, exegético analítico y el de Derecho Comparado. El artículo hace un llamado de atención en relación a los fundamentos teóricos que permiten la configuración del derecho de autor como bien jurídico penal en los modernos ordenamientos jurídicos penales, y en especial en los países pertenecientes al Sistema de Integración Centroamericana.

### Palabras clave

Bien jurídico penal / derecho de autor / propiedad intelectual

### Abstract

*The following article has the objective of analyzing from the theoretical conception of the criminal legal good the fundamentals to consider intellectual property and, specifically, copyright as a criminal legal right. The article is structured in two parts, the first one is addressed to explain the functions of the criminal legal asset and the main contradictions that exist in relation to its legal nature; While the second examines the main challenges and contradictions that, in relation to intellectual property, and specifically, copyright aspects are manifested in its conception as a criminal law. In the development of the article we use research methods that are applied in both the social sciences and in the legal sciences, including: analysis, synthesis, induction and deduction, theoretical-legal, analytical exegetical and comparative law. The article draws attention to the theoretical foundations that allow the configuration of copyright as a criminal law in modern criminal legal systems, especially in countries belonging to the Central American Integration System.*

---

<sup>15</sup> Investigación realizada en el marco del Programa de Doctorado "Cuestiones actuales del Derecho" 2da edición de la Universidad Centroamericana, Nicaragua.

## Key words

*Criminal law / copyright / intellectual property*

## Tabla de contenido

**Introducción. 1. El bien jurídico penal: naturaleza jurídica y funciones. 2. El derecho de autor como bien jurídico penal: fundamentos teóricos y normativos. 2.1. La observancia del derecho de autor: hacia un sistema eficaz de protección. 2.2. Protección penal del derecho de autor. 3. El bien jurídico penal y la tipificación de los delitos contra el derecho de autor: aspectos polémicos. Resultados y aportes. Lista de referencias.**

**Introducción**

El desarrollo de la sociedad del conocimiento impone múltiples retos para el Derecho, ante los cambios que implica el desarrollo de esta sociedad, los derechos de propiedad intelectual y en especial el derecho de autor<sup>16</sup> adquieren una connotación de carácter especial, como herramienta esencial en el proceso de apropiación, protección y utilización del conocimiento. A su vez, el desarrollo de las nuevas tecnologías ha impuesto una metamorfosis en la forma en la que históricamente se concibió el régimen legal de estos Derechos. Estas mutaciones tienen lugar no solo desde su concepción en relación al ejercicio de estos derechos y sus nuevas formas de expresión, según los requerimientos tecnológicos, sino también; en los propios instrumentos en virtud de los cuales se protegen estos derechos.

Los mecanismos de observancia del derecho de autor, y en general de cualquier derecho, constituyen un par ineludible en la configuración de su sistema de protección, no es suficiente que el ordenamiento jurídico reconozca estos derechos y sus nuevas formas de expresión, también es imprescindible implementar un eficiente sistema de observancia que restaure estos derechos cuando estos derechos han sido vulnerados o su ejercicio se ha limitado sin que exista una justa causa, en otras palabras, se ha provocado un menoscabo en el interés jurídico que hace a este derecho merecedor de tutela jurídica y necesita ser reparado.

En materia de derecho de autor, al igual que sucede con otros derechos que son bienes jurídicos merecedores de tutela jurídica, hay que reconocer que, sin la intervención de los órganos del Estado, no hay protección efectiva a los comportamientos de agresión a ese derecho (Delgado Porras, 2007, p. 266). Uno de estos mecanismos o formas de intervención del Estado en la protección de este derecho es el Derecho Penal. Sin embargo, fundamentar su protección desde los presupuestos dogmáticos del Derecho Penal constituye uno de los principales retos que hoy tiene este sistema de protección. Ello obedece precisamente al constante replanteamiento que desde diversos ámbitos tiene la propiedad intelectual en general y, en particular, el derecho de autor.

---

<sup>16</sup> Cuando se ha referencia al término de derecho de autor se hace referencia también por extensión referencia a los derechos reconocidos a los sujetos de los derechos conexos, dígase artistas intérpretes y ejecutantes, organismos de radiodifusión y productores de fonogramas.

En este contexto la justificación del derecho de autor como bien jurídico penal adquiere una particular importancia y a un permanente tratamiento; por ello, el objetivo que se persigue con este artículo es analizar desde la concepción del bien jurídico penal los fundamentos de considerar como tal a la propiedad intelectual y, específicamente al derecho de autor.

Para el desarrollo de este objetivo se utilizaron métodos de investigación que se aplican tanto en los estudios de las ciencias sociales como en las ciencias jurídicas, entre ellos: el análisis, síntesis, inducción y deducción, teórico-jurídico, exegético analítico y el de Derecho Comparado. En este último caso el método se ha utilizado para determinar tendencias en relación al objeto de estudio, en los Tratados internacionales, las legislaciones penales y normas de Derecho de autor correspondientes a los países que integran el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), concretamente Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panamá y República Dominicana<sup>17</sup>.

El análisis realizado en estas legislaciones no se realiza desde las particularidades de la teoría del tipo penal de cada uno de los ordenamientos jurídicos consultados sino, de manera general, desde la concepción que existe en estos cuerpos legales sobre la regulación de este bien jurídico penal y su concepción dentro de cada ordenamiento jurídico. Para ello el presente artículo se estructura en dos partes fundamentales la primera dirigida a explicar cuáles son las funciones del bien jurídico penal y las principales contradicciones que existen en relación a su naturaleza jurídica; mientras que, la segunda no es más que la materialización de estas funciones en el marco de la propiedad intelectual, y específicamente, del derecho de autor.

## **I. El bien jurídico penal: naturaleza jurídica y funciones**

La teoría del bien jurídico no ha estado exenta de contradicciones, en este sentido, son diversos los criterios que en relación a esta teoría se han esgrimido. El concepto de bien jurídico tiene dos acepciones: una de carácter formal y otra de carácter material. La concepción formal del bien jurídico está determinada esencialmente por su apreciación como valor susceptible de protección por el ordenamiento jurídico penal, mientras que su concepción material se sustenta en “aquellas pautas de origen ético, sociológico, político o jurídico constitucional que materializan su contenido” (Lascurain Sánchez, 1995, p. 254). Tanto en uno como en otro caso, lo importante o trascendente de este concepto son las funciones que desempeña en la conformación del ordenamiento jurídico penal. Más que distinciones teóricas sobre una u otra acepción lo acertado es comprender cuál es la utilidad de este concepto para el Derecho Penal.

El bien jurídico tiene diversas funciones, según se ha reconocido por la doctrina. Por un lado, se habla de su función sistemática como fundamento básico de la infracción que orienta la teoría del delito y la pena, mientras que, por otro, de una función de interpretación teleológica. En palabras de Lascurain Sánchez las funciones del bien jurídico penal son, la descripción y la comprensión del sistema jurídico-penal, es decir, la expresión del fin de protección de la norma, lo que coadyuva a la sistematización de los tipos penales y la delimitación del contenido de estos (1995, p. 253). Para Díez Ripolles el bien jurídico deviene en “instrumento técnico-jurídico de primordial importancia en la determinación penal de los presupuestos esenciales para la convivencia social” (1997, p. 17). Sin dudas, hay que reseñar que “una teoría del bien jurídico que parte desde el objeto y no desde la

<sup>17</sup> Este último incorporado al Protocolo de Tegucigalpa o Carta de la Organización de Estados Centroamericanos (ODECA) a partir del año 2013.

valoración podría tener éxito en los esfuerzos por dar con un mecanismo que permita enjuiciar la legislación” (Szczaranski Vargas, 2012, p. 432).

Uno de los aspectos más polémicos de la teoría del bien jurídico es la determinación de los valores y criterios de valoración que deberán ser tenidos en cuenta, para decidir la necesidad o no de la protección penal, y que, además, resulten trascendentes a los efectos de configurar un Derecho Penal armónico con los principios y postulados de un verdadero Estado de Derecho. El *quid* se encuentra evidentemente en la Constitución, como punto de conexión esencial en la determinación de aquellos valores que son dignos de ser tutelados penalmente.

Como reconoce Medina Jara existe una vinculación material entre la Constitución y el bien jurídico penal (1993, p. 308). La vinculación al texto constitucional supone, en principio, una estrecha vinculación entre el concepto de bien jurídico y la realidad social, esta última como substrato de aquel, sin embargo, hay que tener en cuenta que esta interrelación por lo general no sucede de manera directa, así como tampoco resuelve todos los problemas en relación de hasta dónde es necesaria esta protección penal. Sustenta la fundamentación de la selección del bien jurídico, por qué debe ser protegido, pero no hasta dónde debe ser protegido, lo que sin lugar a dudas tiene mucho impacto en la regulación de los tipos penales.

La búsqueda en el texto constitucional del fundamento para la consideración de un bien jurídico implica en principio una especie de control que el constituyente originario impone al legislador penal. Se trata, como insiste en afirmar Ferrajoli, un rol de garantía de las libertades y de limitación del arbitrio punitivo (2012, p. 108). Solo así se determina el objeto inmediato de esta protección, buscando que el libre arbitrio de aquel no sea quien determine el contenido de estas normas, sin embargo, ello no significa que no existan riesgos al momento de materializar y dotar de contenido cada una de estas normas.

Desde el punto de vista de la selección del bien jurídico que es susceptible de protección penal, autores como Lascurain Sánchez distinguen entre, bien jurídico como objeto de protección de la norma, con independencia de su valor o de su oportunidad y, el de objeto protegible como objeto legítimamente protegible (1995, p. 255). Esta distinción no resulta baladí sobre todo en aquellos supuestos en el que el objeto de protección de la norma y objeto legítimamente protegible no coinciden. En estos supuestos es necesario tener precisión en relación a cuáles han sido los criterios de selección que fueron tenidos en cuenta para determinar que es ese el contenido de la norma penal y no otro.

En este sentido resulta imposible olvidar que el Derecho Penal es parte del sistema de control social, específicamente constituye el último recurso de este sistema. Su configuración está hoy en día determinada por el hecho de constituir un Derecho Penal garantista, y también un Derecho Penal mínimo. No existen dudas de que en estos propósitos desempeñan un papel fundamental en la teoría de los bienes jurídicos y, específicamente en la selección del objeto de protección de la norma y su legitimidad.

De esta forma la teoría del bien jurídico determina cuáles son los contenidos que merecen ser protegidos por el Derecho Penal y, al propio tiempo, el límite de la contribución del Derecho Penal a este sistema de control social, buscándose en todo momento que aquellos contenidos que se determinan como tales estén delimitados por las necesidades sociales históricamente condicionadas de mantenimiento del orden social (Díez Ripolles, 1997, p. 12).

El principio de intervención mínima deviene así en sustento de la “eficacia” del Derecho Penal como mecanismo de control social, es decir, su visión como instrumento que actúa cuando el resto de los mecanismos de control, sean estos jurídicos o no, han demostrado que no han funcionado o simplemente son ineficaces. Autores como Joaquín Cuello insisten en afirmar que ante la duda en relación a la creación de nuevos bienes jurídicos penales es mejor inclinarse por su rechazo y resolverlos por otros mecanismos de control social, aunque resulta imposible que el legislador penal pueda cerrar los ojos ante los retos que le son impuestos a los contenidos normativos nuevos esquemas valorativos de ética social (Cuello, 1981, p. 471).

Surge entonces la dicotomía en relación a si el Derecho Penal debe castigar solo aquellas conductas que ya han sido identificadas como ilícitas por otros ordenamientos jurídicos o puede, de manera autónoma, decidir que conductas son punibles sin tener en cuenta estos enunciados. Autores como Díez Ripolles consideran que esta última posición es la más acorde si se tiene en cuenta el principio de aplicación subsidiaria del Derecho Penal, en relación a la decisión de penalización de determinadas conductas que se establecen a partir de pautas valorativas propias y autónomas (Díez Ripolles, 1997, p. 19). No hay dudas que la suficiencia de la teoría del bien jurídico penal para realizar esta determinación, posición con la que debemos estar de acuerdo.

Sin embargo, el hecho de considerar que el Derecho Penal por sí, pueda determinar cuáles conductas pueden ser tipificadas como delitos, a partir de la selección y determinación de bienes jurídicos penales no significa que esta protección sea absoluta y sin fisuras. Como bien refiere Pawlik, la existencia de un bien jurídico es una condición necesaria pero no suficiente para la legitimidad de la conminación penal (2016). Por ende, si importante es determinar el valor de los bienes jurídicos que son susceptibles de protección por este ordenamiento jurídico, también lo es, poder tener precisión en relación a cuál es el grado de afectación de este bien jurídico que lo hace merecedor de tutela por el Derecho Penal. En este punto desempeña una función esencial el principio de lesividad, el daño o nivel de afectación que ese bien ha percibido. No se puede olvidar que sin el ataque a un bien jurídico no existe delito.

El principio de lesividad es un principio limitador del *ius puniendi* del Estado y juega un papel fundamental en la estructura del tipo penal y en la configuración de familias delictivas (Leyva Estupiñán, 2015, p. 69). Ello a su vez permite sostener, como afirma Ferrajoli, que nadie pueda ser castigado por lo que se es, sino solamente por lo que hace (2012, p. 110).

El principio de lesividad dentro de la teoría del bien jurídico deviene entonces en punto neurálgico sobre el que se erige la dogmática del actual Derecho Penal, especialmente al momento de determinar cuáles son las condiciones o circunstancias que determinan la existencia de un daño efectivo que haga que esa conducta dañosa sea merecedora de una pena. A estos efectos es necesario tener presente que las normas penales no tienen como objeto realidades abstractas sino realidades concretas. Un mismo bien jurídico puede ser protegido por varias normas penales y, al propio tiempo, cada norma penal es expresión de la protección de un bien jurídico penal, este determina y establece el fin de la protección, su razón, pero no la forma o la mejor manera sobre la regulación.

Las contradicciones epistémicas que la teoría del bien jurídico penal presenta adquieren una connotación especial al momento de determinar aquellos bienes, valores o juicios que para el legislador son merecedores de tutela jurídica por el ordenamiento jurídico penal. En su debate no solo confluyen aspectos normativos, sino también valores y juicios que cada ordenamiento jurídico debe propugnar y proteger. De manera perenne estas cuestiones dogmáticas forman parte del

debate siempre presente que existe en relación a la protección de los derechos de propiedad intelectual y en especial, de los derechos de autor desde el Derecho Penal.

## **2. El derecho de autor como bien jurídico penal: fundamentos teóricos y normativos**

Por Propiedad Intelectual se entiende toda creación del intelecto humano según la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, organismo especializado de las Naciones Unidas cuyo rol fundamental es potenciar el respeto de los derechos de propiedad intelectual como herramienta que incentiva la creatividad y promueve la aplicación y difusión de las creaciones obtenidas del ingenio humano (Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, p. 3). La propiedad intelectual a su vez se divide en dos ramas: la conocida como propiedad industrial y el denominado derecho de autor y los derechos conexos, afines o vecinos, como también se les conoce.

La propiedad industrial es reconocida como los derechos subjetivos de carácter exclusivos que recaen sobre las creaciones de carácter industrial, sean estas técnicas o estéticas (Otero Lastres, 2009, p. 52); mientras que, el derecho de autor no es más que el conjunto de facultades de que goza el autor en relación con la obra que tiene originalidad e individualidad suficiente y que se encuentra comprendida en el ámbito de la protección dispensada (Lipszyc, 2006, p. 18), a su vez los sujetos de los derechos conexos son sujetos que desempeñan una labor intelectual y técnica organizativa que sin llegar a resultar una obra merece protección y tutela por la importancia que tiene esta actividad para la comunicación de la obra. En el caso del derecho de autor se habla de una peculiar naturaleza jurídica o de un derecho complejo que se encuentra integrado por facultades tanto de índole moral como patrimonial<sup>18</sup>.

Las facultades morales están destinadas a garantizar la estrecha e ineludible interrelación que tiene lugar entre el autor y su obra, mientras que, las facultades patrimoniales, son aquellas que permiten al autor la explotación de su obra y la obtención de beneficios patrimoniales a partir de la realización de la actividad creativa original. Ambos tipos de facultades se encuentran debidamente interrelacionadas y condicionan su ejercicio de manera recíproca. Mientras las facultades de carácter moral tienen la peculiaridad de que son esenciales al acto de creación de la obra, inherentes a la condición de autor, absolutas, irrenunciables, inexpropiables, imprescriptibles, perpetuas, inembargables, extrapatrimoniales; las facultades de carácter patrimonial son todo lo contrario, estas facultades son susceptibles de valuación patrimonial y de su ejercicio se presume siempre la posibilidad de obtención de algún tipo de rédito o beneficio económico (Lipszyc, 2006, pp. 156 y ss.).

Uno de los aspectos más debatidos en relación al derecho de autor y, en sentido general de la propiedad intelectual es su condición o no de derecho humano. Esta disquisición no es una cuestión baladí a los efectos del objeto de este trabajo, puesto que ello incide en el reconocimiento constitucional que se hace de este derecho y, por tanto, de su posible consideración como bien jurídico susceptible de protección por el ordenamiento jurídico penal, conforme a lo que hemos venido precisando en relación a la interrelación que existe entre Constitución y la consideración de bien jurídico penal.

---

<sup>18</sup>Aun cuando indistintamente se utilizan los términos de facultades o derechos morales y patrimoniales las más modernas teorías sobre el Derecho de Autor acogen la teoría monista, visto como un único derecho cuyo contenido está determinado por facultades de índole moral y patrimonial. Todos los autores citados sobre esta materia en este trabajo acogen esta posición.

Según la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, “Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora” (Art. 27.2); similar disposición había sido adoptada, de manera previa, en el propio año en Bogotá, en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre “Tiene [toda persona] así mismo derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de los inventos, obras literarias, científicas y artísticas de que sea autor.” (Art. 13 *in fine*).

De manera similar, el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 reconoce el “Derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a)”. Igual posición sostiene el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988 (“Protocolo de San Salvador”) en el artículo 14 párrafo 1 apartado c).

Desde el punto de vista del reconocimiento internacional no hay dudas de que, en principio el derecho de autor es un derecho humano, al menos esto se colige de la lectura de estos instrumentos internacionales. Sin embargo, la Observación General número 17 realizada en Ginebra, entre los días del 7 a 25 de noviembre de 2005, al Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el marco del 35° período de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha precisado que, el objeto de protección de los convenios internacionales, y específicamente de este pacto no son los derechos de propiedad intelectual *per se*, sino la vinculación personal entre los autores y sus creaciones y entre estos y los pueblos. A estos efectos la precisión que realiza la observación es aguda y establece pautas muy claras para el reconocimiento constitucional de estos derechos.

En este sentido, el Comité establece que, mientras el derecho de autor de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor o autora se sustenta en la finalidad de fomentar la contribución activa de los creadores a las artes y las ciencias y al progreso de la sociedad en su conjunto, la propiedad intelectual protege principalmente los intereses e inversiones comerciales y empresariales (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2005).

La diferencia establecida por este Comité en la Observación de referencia es sutil, pero tiene, sin dudas, una importancia trascendental al momento de dejar o determinar de manera clara y precisa cuál es el objeto de protección de la norma penal, es decir, cuál es el bien jurídico. Esta distinción es importante no solo a la hora de realizar esta determinación sino también ante el grave peligro que existe de que el Derecho Penal se convierta, como señala Lima Vianna, en “un instrumento de regulación del mercado económico, que garantice un monopolio de derecho de copia concedido por el Estado a los detentadores de medios de producción” (2006, p. 246).

Solo desde la óptica que la distinción establece es posible que al Derecho Penal no trasciendan los enjuiciamientos críticos que en relación al derecho de autor tiene lugar en la actualidad. En otras palabras, que el derecho reconocido a los autores y su protección en sede penal no entre en contradicción con el ejercicio de otros derechos como son: el de participación en la vida cultural, el de goce de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones y el de libertad para la investigación científica y la actividad creadora. Todos también reconocidos de manera conjunta como parte del mismo sistema de protección de los derechos culturales.

## 2.1. La observancia del derecho de autor: hacia un sistema eficaz de protección

En el contexto internacional el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la observación anteriormente referida, reconoce que para una efectiva protección de los intereses morales y materiales que les correspondan a los autores por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas es necesario que se cumplan determinados requisitos. Entre los que se encuentran: la disponibilidad, la accesibilidad física, económica (asequibilidad), informativa, así como la calidad de la protección. Este último recomienda que los procedimientos para la protección de los intereses morales y materiales de los autores deben ser competentes y expeditivamente administrados por los jueces y otras autoridades competentes (Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales, 2005).

Según este Comité las obligaciones de los Estados partes en relación a este derecho residen en tres aristas esenciales que son: *respetar*, *proteger* y *de cumplir*. Esta última obligación requiere que se prevean procedimientos administrativos y recursos judiciales, o de otra índole, adecuados para que los autores puedan defender los intereses morales y materiales que les correspondan por razón de sus producciones científicas, literarias o artísticas, así como pedir y obtener una reparación efectiva en caso de que no se respeten esos intereses.

Sin embargo, lo cierto es que el sistema de protección de los derechos de propiedad intelectual en general y de los derechos de autor y derechos conexos en particular, en la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos, está conformado por procedimientos civiles, penales y administrativos. Este sistema es fruto, esencialmente de la adopción de los Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (también conocidos por ADPIC) y, de los acuerdos de libre comercio. Estos últimos, en su gran mayoría, han reproducido el modelo establecido por el primero.

Los ADPIC conminan a los Estados partes a establecer en sus ordenamientos jurídicos internos procedimientos eficaces y ágiles de observancia de los derechos de propiedad intelectual con el fin de prevenir infracciones y servir de medio de disuasión ante nuevas infracciones. Según este acuerdo estos mecanismos son: procedimientos y recursos civiles y administrativos (arts. 42 al 49), medidas provisionales (art. 50), medidas en frontera (arts. 51 al 60), sanciones penales (art. 61). De manera similar se establecen disposiciones parecidas en el artículo 15.11 “Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual” del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana - Centroamérica y los Estados Unidos (DR-CAFTA)<sup>19</sup> y en el Tratado de Asociación Transpacífico (TPP por sus siglas en inglés)<sup>20</sup>.

<sup>19</sup>Suscrito entre el Gobierno de la República de Costa Rica, el Gobierno de la República Dominicana, el Gobierno de la República de El Salvador, el Gobierno de la República de Guatemala, el Gobierno de la República de Honduras, el Gobierno de la República de Nicaragua y el Gobierno de los Estados Unidos de América.

<sup>20</sup>La negociación de este tratado culminó el 5 de octubre de 2015, e incluye en principio a 12 países: Australia, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Estados Unidos, Japón, Malasia, México, Nueva Zelanda, Perú, Singapur y Vietnam. Recientemente los Estados Unidos han anunciado su retirada del mismo. En este tratado las partes confirmaron que tienen establecido un sistema de protección conformado por procedimientos y recursos civiles y administrativos (artículo 18.74), medidas provisionales (artículo 18.75) y procedimientos y sanciones penales (18.77) respecto a las infracciones relativas a marcas como al derecho de autor o derechos conexos en el entorno digital.



De esta forma se configura un sistema de protección en el cual no siempre quedan claros los límites entre la utilización de uno u otro instrumento de protección. Esta indeterminación en cuanto a los medios de protección obedece al hecho de que en la gran mayoría de los casos no se hace un estudio sobre los fundamentos de cada uno de estos instrumentos de protección. En el caso de la protección penal del derecho de autor esta protección se halla precisamente en la teoría del bien jurídico penal.

## 2.2. Protección penal del derecho de autor

Autores como Delia Lipszyc afirman, en relación a la protección del derecho de autor por parte del Derecho Penal que, “Una legislación carente de sanciones penales para reprimir las infracciones a los precitados derechos, sería inocua” (2006, pág. 551). En este sentido no deja de tener razón la eminente profesora, puesto que es necesario reconocer que el papel del Derecho Penal en la protección del derecho de autor gana importancia tras el proceso de internacionalización de este derecho y el aumento de la delincuencia organizada, puesto que es precisamente en el ámbito transnacional donde opera la criminalidad organizada y la observancia de estos derechos se atomiza (Zaffaroni, 1981).

La existencia de penas privativas de libertad o sanciones pecuniarias ante las infracciones de derecho de autor se establecen siempre con el carácter de ser disuasorias de futuras infracciones (Cfr. art. 61 ADPIC; art. 15.11 DR-CAFTA y art. 18.77.6 TPP). Estos procedimientos incluyen además la aplicación de medidas accesorias como son la confiscación, el decomiso y la destrucción de las mercancías infractoras y de todos los materiales y accesorios utilizados para la comisión del delito (Cfr. Art. 61 ADPIC, art. 15.11, art. 18.77.6 d) y e) TPP, art. 173 Ley de Derecho de Autor de República Dominicana).

Sin embargo, no puede pensarse que pese a la consideración del derecho de autor como bien jurídico, es aceptado, sin contradicciones, la condición de este derecho como un bien jurídico penal. La sustentabilidad de la protección o no en el ámbito penal del derecho de autor y los derechos conexos es también expresión de la propia disquisición que en relación a la necesidad de la propiedad intelectual existe. De esta forma, quienes propugnan por la eliminación del sistema de propiedad intelectual o al menos del cambio de paradigma de los derechos de autor insisten en afirmar que la protección conferida por el ordenamiento jurídico-penal a este bien jurídico es improcedente, posición que es consecuente con la propia posición que sus propugnadores sostienen en relación al reconocimiento o no de esta rama del Derecho (Becerra Ramírez, 2004).

En este punto hay que reconocer que la propiedad intelectual en sentido general, y en especial, el derecho de autor, constituyen un incentivo para el fomento y desarrollo de la creatividad y la innovación en la sociedad. La propiedad intelectual es una herramienta que garantiza la exclusividad y consecuente explotación económica de los bienes intelectuales. Esta exclusividad, al decir de autores como Lima Vianna, provoca una escasez de la “obra intelectual” y la creación de manera artificial de un “valor de cambio” (2006, p. 240). La autora citada tiene razón en parte. Al respecto es necesario apuntar que ciertamente la propiedad intelectual desempeña un papel fundamental en la conversión de privativo del nuevo conocimiento generado, sin embargo, ello no significa que nos encontremos ante un monopolio de carácter económico, sino solamente de un monopolio jurídico que está destinado a servir de equilibrio entre los beneficios patrimoniales de los creadores y el fomento del desarrollo cultural y tecnológico de la humanidad.

Los detractores de un sistema jurídico de derecho de autor y derechos conexos han buscado “alternativas” a este sistema de protección, bajo el supuesto argumento de que estas superan las principales falencias de este sistema, en relación con el acceso libre al conocimiento y a la

información. Sin embargo, lo cierto es que movimientos como el software libre, el acceso abierto, el *Creative Commons*, no han provocado la desaparición de este sistema jurídico de protección, sino que, al contrario, coexisten con el mismo, y es que los ideólogos de estas alternativas utilizan precisamente el sistema de derecho de autor y derechos conexos para establecer estas propuestas.

Lo que ha ocurrido entonces es una diversidad de alternativas en cuanto al régimen de protección y utilización de la creación, y especialmente de la obra, empero nunca se podrá afirmar que ha ocurrido una suplantación de la finalidad para la cual fue concebido el sistema de protección del derecho de autor y los derechos conexos. Aun cuando el valor de cambio de estos bienes inmateriales es igual a cero (el carácter inmaterial del bien objeto de la protección permite la explotación de manera independiente al soporte en el cual está contenido o materializada la obra, ello crea la posibilidad que su reproducción sea realizada sin costo alguno), lo cierto es que no existe otro mecanismo que permita cumplimentar la finalidad para la cual este régimen jurídico fue creado. En correspondencia con ello, el régimen legal de estos derechos se ha reafirmado, y por tanto así también ha sucedido con su propia consideración como un bien jurídico, susceptible de protección por el derecho penal, dado que indiscutiblemente representa intereses socialmente relevantes (Martínez Rincones, 2005, p. 293). Esta posición fue magistralmente resumida por el profesor Delgado Porras cuando afirmó: “La artificialidad jurídica de las situaciones que se ponen a su amparo, por esta razón los medios protectores están obligados a manifestarse con un énfasis y con una amplitud excepcionales” (2007, p. 266).

La reafirmación del derecho de autor como bien jurídico tutelado por el ordenamiento jurídico, expresión de intereses y valores sociales de la actualidad hacen ineludible las valoraciones jurídico-penales del derecho de autor desde una perspectiva político criminal. Para que se tenga un ejemplo de la complejidad y necesidad de abordar estos temas utilicemos el fenómeno de la piratería. Sin dudas, importante y trascendente en las sociedades modernas, no solo por su connotación jurídica, sino también económica, social y cultural.

La piratería es conceptualizada como aquellos “actos no autorizados de explotación, por la Ley o por el titular de la propiedad intelectual de una obra determinada”<sup>21</sup> (Rebollo & González Gordon, 2005, p. 155). Es sin dudas un flagelo de las sociedades modernas, que se ha incrementado a partir de la aparición de Internet. Como afirmó Antequera Parilli, esta reproducción no autorizada con el fin de la comercialización no significa solo la vulneración de un derecho patrimonial del autor, sino también, “la vulneración de los legítimos intereses de los diferentes sectores que contribuyen a la creación e interpretación de la obra, así como a la producción y comercialización de los soportes legítimos y en resumen a la propia colectividad” (Antequera Parilli, 2011, pág. 14).

Empero la cuestión no es de fácil solución, y de ahí la necesidad de su análisis desde una perspectiva de política criminal. Puesto que, si bien desde la óptica de la colectividad es necesario tener en cuenta el significado que cada día adquieren las industrias culturales o empresas culturales para las economías de los países en transición hacia el desarrollo, por el otro, hay que tener presente el ejercicio de otros derechos por parte de la ciudadanía y de los consumidores de productos culturales.

Las empresas creativas desempeñan un rol importante en la promoción del patrimonio cultural de la sociedad, al propio tiempo que participan activamente en la generación de riqueza y en la creación

<sup>21</sup>En este concepto es necesario asimilar el término de propiedad intelectual al de derecho de autor, los autores de este libro son españoles donde no se emplea el término como lo hemos venido referenciando.

de puestos de trabajo de alto valor agregado, pues hoy en día constituyen la base de las empresas en la economía del conocimiento. Realizan estas actividades gracias a que la propiedad intelectual, y específicamente el derecho de autor le sirven de herramienta, sin embargo, como bien ha reconocido el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, es necesario que el ejercicio de este derecho no menoscabe el ejercicio de otros derechos como son el de la educación, la participación en la vida cultural y el goce de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, puesto que la propiedad intelectual es un producto social y tiene una función social (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2005).

Se colige entonces que el análisis de la propiedad intelectual como bien jurídico penal y específicamente del derecho de autor pasa también por la realización de valoraciones jurídico-penales desde la perspectiva del concepto político-criminal del bien jurídico penal (Mir Puig, 1989-1990, p. 207). Por ende, más importante que responder si el derecho de autor es un bien jurídico susceptible de ser protegido por el Derecho Penal, lo que ya ha sido respondido de manera positiva, la pregunta reside en determinar hasta qué punto el derecho de autor, y en general toda la propiedad intelectual goza de la suficiente importancia social para justificar la necesidad de su protección por el Derecho Penal; en otras palabras, cuál es el grado de afectación de intereses individuales y sociales que este bien debe sufrir para ser protegido por el Derecho Penal o si es posible esta protección utilizando otros mecanismos de control social como es el administrativo.

### **3. El bien jurídico penal y la tipificación de los delitos contra el derecho de autor: aspectos polémicos**

La trascendencia de la teoría del bien jurídico a la tipificación de los delitos queda corroborada de manera sobrada en el caso de los delitos de derecho de autor. Si la fundamentación de la propiedad intelectual como bien jurídico penal puede ser compleja, más lo es realizar una tipificación que sea capaz de responder a los requerimientos del Derecho Penal y a la función social que viene a desempeñar el Derecho de Autor.

Se habla incluso de que solo deben ser objeto de protección por el Derecho Penal aquellas infracciones al derecho de autor que tienen trascendencia económica o patrimonial, lo que ha conllevado a más de un autor, a plantear que existe una diversidad de bienes jurídicos conforme a las formas especiales que adquiere la Propiedad Intelectual (Martínez Rincones, 2005, pág. 286) o que simplemente estamos en presencia de un bien jurídico “borroso” cuyo contenido se diluye en innumerables bienes jurídicos de naturaleza moral y patrimonial, agrupados bajo la ideología de la “propiedad intelectual” (Lima Vianna, 2006, pág. 244). En nuestro criterio tanto en uno como en otro caso nos encontramos con un mismo bien jurídico penal, la propiedad intelectual que a su vez se manifiesta en otros dos bienes jurídicos: el derecho de autor y los derechos de propiedad industrial.

Los diferentes cambios y expresiones que con el desarrollo tecnológico han sufrido ambos bienes jurídicos, léase derecho de autor y derechos de propiedad industrial, no inciden de forma determinante en el interés social y de política criminal que justifica la necesidad de su consideración como bienes jurídicos penales; de hecho, todo parece indicar que la tendencia sea precisamente la unificación de la protección de ambos bienes jurídicos penales, sin embargo, este análisis debe realizarse de manera más pormenorizada y teniendo en cuenta las diferencias que existen entre una y otra rama del derecho.

Ejemplo de estas modificaciones lo constituye el hecho de que en el Código Penal Nicaragüense se regularon los delitos contra el Derecho de Autor y derechos conexos (Capítulo IX) y los delitos

contra la propiedad industrial (Capítulo X), bajo el mismo título de delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico (Título VI). Con esta regulación se resuelve, al menos de manera aparente la distinción que normalmente se ha realizado entre la protección de los delitos de derecho de autor como bien jurídico individual y la protección de los derechos de propiedad industrial como delitos que atacan un bien jurídico de carácter colectivo (Vallejo Trujillo, 2012, pág. 16).

Decimos que la solución brindada por el legislador es aparente porque es una especie de solución salomónica en el cual el redactor de la norma no adoptó, al menos de forma clara, una solución por una u otra tendencia, sino que unió en un mismo título ambos bienes jurídicos, los cuales protegen indistintamente bienes individuales y colectivos, léase el patrimonio y el orden socioeconómico, respectivamente. Esta salida no ofrece muchas luces para determinar la naturaleza individual o colectiva de la protección brindada por el legislador, y puede generar en determinados contextos más dudas que respuestas, sobre todo al momento de interpretar la norma. En otras palabras, el legislador patrio no delimitó en esta regulación el interés que subyace, individual o colectivo, lo que impedirá que se puedan cumplimentar todas las funciones establecidas para los bienes jurídicos penales.

Como ya hemos anteriormente apuntado, la regulación penal del derecho de autor no es garantía de que la protección de este derecho desde el ordenamiento jurídico penal sea efectiva, o no incurra en algunas de las deficiencias en su tipificación como bien jurídico, su delimitación dentro de la sistemática del ordenamiento jurídico penal y autoral es condición necesaria.

Otros ordenamientos jurídicos como el de la República de El Salvador han realizado una regulación mucho más precisa en este sentido y, han reconocido, de forma expresa, a la propiedad intelectual como bien jurídico penal. Ello no solo es congruente con una técnica legislativa más clara, sino también permite interpretar mejor las normas desde el punto de vista del tipo penal. A estos efectos el Código Penal salvadoreño regula en un capítulo específico los “Delitos relativos a la propiedad intelectual”, dígase tanto los delitos concernientes a los derechos de autor, como los delitos relacionados con la propiedad industrial (Cfr. Título VII, del Título VIII “De los delitos relativos al patrimonio”).

Esta regulación es un poco más coherente con la teoría de los bienes jurídicos penales puesto que, si bien no entra en la dicotomía entre el carácter individual o colectivo de la protección brindada sí deja clara la naturaleza jurídica del bien penal protegido, es decir, la protección de la creación y su incentivo. No obstante, es necesario precisar que las fórmulas de regulación de los legisladores nacionales no son aplicadas de manera uniforme en todos los ordenamientos jurídicos. En Costa Rica, por ejemplo, existe la denominada Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual, donde se regulan los delitos en contra del derecho de autor y los derechos conexos.

El interés protegido con la regulación penal del derecho de autor constituye una de las principales disquisiciones sobre la cual aún no existe uniformidad de criterios. En una concepción primigenia la propiedad intelectual estuvo intrínsecamente limitada con la protección del creador, del autor o del inventor, sin embargo, ello hoy adquiere un matiz diferente cuando se analiza su uso como instrumento o herramienta al servicio de otros derechos o bienes que también protegen y que tienen el carácter de ser colectivos, difundidos o universales.

La protección de bienes colectivos está muy interrelacionada con la evolución que el propio Derecho como ciencia ha experimentado. De la concepción de una protección individualista a una protección social y colectiva que asegura derechos para todos los ciudadanos. Esta evolución no es

particular del Derecho de Autor, sino, en sentido general, de la propia concepción de los ordenamientos jurídicos modernos de los Estados de Derecho. Fruto del proceso de globalización que ha experimentado cada sector de la sociedad, dígame político, económico, cultural, jurídico y social, es hoy prácticamente imposible no poder afirmar que la vulneración o el ataque de un determinado bien jurídico trae consigo la vulneración o el ataque de la colectividad. Este es, por ejemplo, la transformación que ha tenido lugar en el reconocimiento de los derechos humanos de la primera a la tercera generación.

En este punto es necesario realizar varias distinciones para dejar claramente establecido cual es el objeto inmediato de protección de la norma penal y cuáles son los intereses mediatos que quedan protegidos con la formulación de la norma penal. El ataque a un bien jurídico como es la propiedad intelectual supone el ataque tanto a intereses individuales como colectivos, pues este bien jurídico posee esta doble connotación. Para Díaz y García Conlledo en estos casos nos encontramos con derechos que tienen naturaleza individual y una trascendencia socioeconómica, pues también quedan protegidos intereses socioeconómicos supraindividuales como es de los consumidores, entre otros usuarios de estos productos (2009, p. 98).

Si se tiene en cuenta la concepción del bien jurídico penal y la doble naturaleza de este derecho, tenemos que considerar que la concepción del derecho de autor como bien jurídico penal solo puede traer consigo el redimensionamiento de la naturaleza pública de estos delitos. Por tanto, desde la tipificación de conductas en el ámbito penal solo se puede apreciar aquellas conductas que ocasionen un menoscabo a intereses públicos, quedando en consecuencia resguardado el aspecto individual o privativo como contenido de otros mecanismos de protección como es el civil. Esta concepción, a su vez trae consigo dos consecuencias al momento de materializar la protección de este bien jurídico en tipos penales concretos. Por un lado, ya no es necesaria la denuncia formal de un privado o del titular de derecho para que se pueda iniciar la persecución penal (art. 15.11, DR-CAFTA, art. 175 Ley de Derechos de Autor de República Dominicana, art. 127 Ley de Derecho de Autor y derechos conexos de Guatemala) mientras que, por el otro, se corra el riesgo de confundir el carácter público con la protección penal de bienes colectivos.

Cuando hablamos del carácter público de las conductas que son tipificadas como delitos nos estamos refiriendo a aquellas infracciones que afectan intereses colectivos. El grave peligro que representa esta visión desde los bienes colectivos es la creación de formulaciones poco precisas, lo que sin dudas agrede principios que son claves e históricamente han condicionado la efectividad del sistema penal, como es el de la legalidad. A nuestro juicio la regulación penal de estos delitos no puede realizarse desde formulaciones abstractas aún cuando suponga el ataque a bienes jurídicos colectivos. Es necesaria la descripción de estas conductas de manera precisa en los términos de la dogmática penal teniendo en cuenta el resultado material de la conducta y no las formulaciones de peligro.

No son pocos los casos en los cuales algunas formulaciones de estos delitos se realizan a partir del modelo de tipos de peligro abstracto, en el que se exige la existencia de una situación de puesta en peligro verificable y debatible en sede probatoria. Dentro de estas conductas, en materia de derecho de autor, se encuentran las conductas previas a los actos de reproducción y distribución obras y demás productos culturales como son las actividades de exportación, almacenamiento e importación (Rodríguez-Mourullo Otero & Bergareche Mendoza, 2007, pág. 59). Aún cuando el Derecho Penal debe limitarse a tipificar aquellas conductas en virtud de las cuales exista una afectación determinada a los autores y sus obras, lo cierto es que los ordenamientos jurídicos, siempre desde la influencia que han tenido los tratados internacionales y los acuerdos de libre comercio incluyen también como una actividad ilegal sujeta a sanciones penales la importación o exportación dolosa de mercancías falsificadas o pirata que lesionan el derecho de autor.

En materia de protección del derecho de autor desde el ordenamiento penal una de las cuestiones aún sigue generando polémica es la determinación de cuáles son los límites que justifican la regulación penal. Su necesidad ha sido fundamentada a partir de los argumentos ya expuestos, pero el cómo, es sin duda el mayor reto. La indeterminación de estos límites trae consigo el riesgo de que una misma conducta sea objeto de atención por procedimientos de disímil naturaleza como puede ser el penal, el civil y el administrativo, sin que exista una laceración a intereses que justifique en alguna medida esta posibilidad, y es que el mismo ilícito no puede ser objeto de sanción por más de un mecanismo de protección.

La determinación de un límite que justifique la intervención penal es además congruente con el principio de intervención mínima del Derecho Penal y su consideración como derecho de última *ratio* (Rodríguez-Mourullo Otero & Bergareche Mendoza, 2007, p. 61). En este sentido tampoco existe uniformidad de criterio en relación a cuál es elemento a tener en cuenta al momento de tipificación de la conducta.

Los convenios internacionales como los ADPIC, el CAFTA y el TPP han escogido como principal elemento del tipo penal la piratería lesiva del derecho de autor a escala comercial, (art. 61 ADPIC, art. 15.11 del DR-CAFTA, art. 18.77 del TPP). Sin embargo, hay que tener presente que estos convenios y acuerdos internacionales se adoptan a partir del establecimiento de criterios “mínimos” de protección, por lo cual es posible que cada ordenamiento jurídico establezca y regule otras conductas y otros elementos específicos de tipificación. Por otro lado, existe también la posibilidad de que se utilicen términos jurídicos indeterminados en el tipo penal como es el de “escala comercial”.

Según el artículo 15.11 del DR-CAFTA y el 18.77.I TPP el término escala comercial incluye tanto la infracción dolosa significativa de derecho de autor y derechos conexos, con el fin de obtener una ventaja comercial o ganancia económica privada, como la infracción dolosa que no tenga una motivación directa o indirecta de ganancia económica, siempre que se cause un daño económico mayor a una infracción de poco valor, provocando un impacto perjudicial significativo en el interés del titular del derecho de autor o de los derechos conexos en relación con su posición en el mercado. Este término es un concepto que debe aplicarse “según las circunstancias que acompañen la fabricación, cantidad de productos fabricados, y la voluntad de obtener beneficio” (Lipszyc, 2004, p. 63).

La exigencia de ánimo de lucro no es siempre en todos los ordenamientos jurídicos una exigencia del tipo penal, como afirma Díaz y García Conlledo (2009, p. 98). En ordenamientos jurídicos como el hondureño no se distingue al respecto en relación a las violaciones del derecho de autor y derechos conexos, existiendo la posibilidad de someter a la jurisdicción penal cualquier tipo de violación de estos derechos sin tener en cuenta el tipo de violación cometida ni el ánimo de lucro (cfr. Art. 156 de la Ley de Derecho de Autor y de los Derechos Conexos de Honduras en relación al artículo 248 del Código Penal)<sup>22</sup>.

<sup>22</sup>En este ordenamiento jurídico si bien la violación de los derechos de los autores de obras literarias o artísticas, o los derechos conexos protegidos por las leyes del derecho de autor y derechos conexos tipifica delitos contra estos derechos, sin establecer otros criterios de delimitación, la norma prevé una excepción cuando la violación de estos derechos sea realizada sin autorización de los respectivos titulares de los derechos de autor o derechos conexos utilicen, con fines comerciales, señales de televisión transmitidas por medios de satélites o reproduzcan o proyecten videos, películas u otras obras análogas que, por su naturaleza, estén o deban estar protegidas por la Ley correspondiente. Art.248-A. Ley de Derecho de Autor y de los Derechos Conexos, este artículo fue adicionado por Decreto 191-96 y

En otros ordenamientos jurídicos como el nicaragüense si bien se establece como elemento del tipo penal de estos delitos el propósito de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero (Cfr. art 247 del Código Penal de Nicaragua); por otro lado, se establece la posibilidad de que la sanción se reduzca si se realizara sin el propósito de obtener un beneficio económico, para sí o para un tercero (Cfr. art. 251 Código Penal de Nicaragua). Por ende, el criterio del ánimo de lucro no es consecuente con la delimitación de las conductas violatorias del derecho de autor y de los derechos conexos que son susceptibles de protección por el Derecho Penal. Al final este criterio no distingue entre la protección penal o no de este tipo de conductas, sino solo a los efectos de la atenuación de la pena, nunca de la tipificación del delito.

Otros ordenamientos jurídicos como el dominicano tampoco establecen distinción entre los mecanismos de protección conferidos al autor o al titular de estos derechos, sino que les brindan a estos la posibilidad de decidir o escoger dentro del sistema de protección cuál será la vía utilizada, si la civil, represiva o administrativa enunciada por la ley para el ejercicio de los derechos conferidos (Cfr. art. 168 Ley de Derecho de Autor de República Dominicana). Si bien la norma establece que no es posible admitir dilación o excepción procedimental en relación al derecho de opción ejercitado en la elección del proceso iniciado, lo cierto es que, se corre el riesgo de que un mismo hecho sea ventilado en diversas vías o procedimientos de protección, o también que conductas de escaso o ningún interés social sean penalizadas, sin tener en cuenta el fin último perseguido con el Derecho Penal.

La determinación de un elemento en el tipo penal que tipifique aquellas conductas que configuran el delito, de aquellos otros actos violatorios que no son considerados como tales, no solo responden a una cuestión de técnica legislativa y de política criminal, sino también a la propia efectividad de la protección penal establecida. Estos elementos sean “escala comercial” o “ánimo de lucro” inciden de una forma u otra en la determinación de la culpabilidad, y forman parte del elemento subjetivo del tipo penal. Se determina así si estos delitos pueden ser cometidos por dolo directo, dolo eventual y/o imprudencia. Particulares estos que merecen un tratamiento más pormenorizado y excede, sin dudas, los límites de este trabajo.

Por último, es necesario analizar en esta relación entre el bien jurídico y la tipificación de los delitos contra el derecho de autor y los derechos conexos, todo lo relacionado con las normas penales en blanco. La especialidad de esta materia requiere que en muchos casos las conductas violatorias solo sean posibles de determinar con el auxilio de la norma de derecho de autor. Incluso en aquellos supuestos en los cuales las conductas estén determinadas en la norma penal será necesario acudir a esta para encontrar otros elementos específicos para la tipificación, como es el ejemplo del sistema de limitaciones que en relación a este derecho existe o a las voluntades contractuales que se han establecido en las licencias o cesiones específicas en virtud de las cuales se hacen uso de estos derechos.

La cuestión es más compleja de lo que parece, dado que la función social del derecho de autor y los derechos conexos impide que su ejercicio sea de forma absoluta, por lo cual este está permeado por una serie de limitaciones que se encargan de mantener el equilibrio entre el derecho exclusivo de los autores y demás titulares de derechos y el acceso al público. Este sistema de limitaciones está condicionado por el hecho de la pertenencia del sistema de protección de derecho de autor al que

---

posteriormente reformado mediante Decreto 59-97 del 8 de mayo de 1997, publicado en el Diario Oficial la Gaceta N° 28, 281 de fecha 10 junio de 1997 y vigente a partir de dicha publicación.

se acoge cada ordenamiento jurídico, sea continental o anglosajón. Mientras que los países que acogen el primer sistema de protección tienen un sistema de limitaciones rígidas y predeterminadas en la legislación de cada país, en el segundo existe el denominado *fair use*, que implica que cada caso de utilización de las obras sin autorización será analizado de manera particular teniendo en cuenta las condiciones predeterminadas en función del precedente judicial (Lipszyc, 2006, pp. 50-53).

Las diferencias que existen entre uno y otro sistema de limitaciones quedan relativamente resueltas en virtud de la aplicación de la regla de los tres pasos. Esta regla aceptada en los ordenamientos nacionales de uno u otro sistema constituye un instrumento razonable y efectivo en la aplicación de este régimen de limitaciones y excepciones del derecho de autor. Estas reglas establecen que solo en casos especiales en los cuales se atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor<sup>23</sup>. Sin embargo, pese a ello, al momento de aplicarse la norma el operador jurídico, dígame abogado, fiscal o juez tendrá que analizar la conducta caso por caso, para poder determinar si esta se encuentra o no dentro del sistema de limitaciones contemplado en la norma. Por ello es totalmente factible que una conducta esté prohibida en un ordenamiento jurídico no lo esté en otro, lo cual es además congruente con el principio de territorialidad que rigen tanto en el derecho de autor como en la ley penal.

Así mismo, es necesario tener en cuenta la posibilidad de la existencia del consentimiento o la autorización como causa de justificación, que excluye la ilicitud de una conducta que ha sido tipificada como delito. La autorización actúa como causa de exclusión de la tipicidad penal, sin embargo, la cuestión deviene más compleja cuando esta autorización tiene el carácter nulo o que tenga algún tipo de vicio.

Evidentemente bajo estas circunstancias la protección del derecho de autor por el Derecho Penal se realiza bajo un prisma de inseguridad jurídica, en especial sobre los límites entre lo prohibido y lo permitido. Autores como Joaquín Cuello afirman, no sin razón, que la despenalización de un sector de un determinado bien jurídico provoca el deterioro de la imagen social del resto de ese bien jurídico que se penaliza (1981, p. 471). Aunque no deja de tener razón este autor, no se puede dejar de tener presente la naturaleza jurídica de este derecho, su relación con otros bienes jurídicos y el interés social que justifica su protección en sede penal.

La protección que brinda el Derecho Penal desde la perspectiva del bien jurídico penal debe ser analizada de manera sistémica en el contexto de todo el ordenamiento jurídico, para ello es necesario tener en cuenta los mecanismos de protección que el mismo bien jurídico tiene en el resto de los mecanismos de control social. Uno de los temas más polémicos en esta materia, y que amerita un estudio más profundo, es el estudio de las garantías que se brindan en el contexto del Derecho Administrativo Sancionatorio y en los procedimientos especiales que hoy se establecen en el marco del Derecho Penal. En este sentido, es necesario dilucidar si dichos procedimientos no pudieran devenir también en mecanismos efectivos de protección. Ello evidencia que la temática en estudio no es una cuestión de fácil solución. En este tema hay más de una interrogante.

## Resultados y aportes

Evidentemente la naturaleza compleja del derecho de autor y los derechos conexos implica la existencia de una marcada interrelación entre cuestiones patrimoniales como morales. En este caso

---

<sup>23</sup>La génesis de esta norma es necesario encontrarla en el Convenio de Berna, y así mismo se han reconocido en otros tratados internacionales como es el artículo 13 de los ADPIC.



no es posible que se hable de varios bienes jurídicos sino de un solo bien jurídico con varias manifestaciones. No hay dudas de que estos derechos, los de autor como los conexos a estos, son bienes jurídicos, que merecen protección desde el ámbito penal; es decir, son bienes jurídicos penales. El principal punto de debate en este ámbito es la determinación como las expresiones de estos derechos se materializan en sede penal, y si es su carácter individual o colectivo. A nuestro juicio la protección diferida por el Derecho Penal siempre tiene que ser desde la perspectiva de los intereses colectivos, sin que ello implique la existencia de formulaciones abstractas como delitos de peligro.

Por otro lado, hay que precisar en esta regulación que lo que se protege en sede penal no son las industrias culturales y los grandes medios de comunicación y de la industria del entretenimiento, sino los intereses patrimoniales de los autores cuando cuya afectación de dichos intereses provoque daños colectivos o sociales que incidan incluso en la protección de otros bienes jurídicos, aún cuando estos no tengan naturaleza penal. El sistema de protección del derecho de autor y los derechos conexos en sede penal no puede servir de instrumento para inclinar la balanza a favor de unos pocos en el supuesto de colisión de este bien jurídico con otros bienes jurídicos, también necesarios de protección por el ordenamiento jurídico y que permiten, el desarrollo de otras esferas y facetas del libre desarrollo de la personalidad de los individuos.

La indeterminación existente en relación a cuáles son las conductas que requieren una verdadera penalización implica la adopción de determinados riesgos que ponen en juego la seguridad jurídica del ordenamiento y la inflación del Derecho Penal, perdiéndose por tanto su consideración como derecho de última ratio. Estas inconsistencias en relación al alcance del interés jurídico merecedor de tutela penal traen consigo serias incongruencias al momento de tipificar los delitos relacionados con la materia, al propio tiempo que limita la interpretación y aplicación de los tipos penales regulados.

### Lista de referencias

- Antequera Parilli, R. (2011). La importancia del Derecho de Autor en el mundo contemporáneo. La producción de bienes culturales y el impacto tecnológico. *Curso Virtual sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, organizado por el CERLALC*. Bogotá.
- Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales. (2005). *Observación General No. 15*. 35 periodo de sesiones. Naciones Unidas, . Ginebra: Consejo Economico y Social.
- Cuello, J. (1981). Presupuestos para una teoría del bien jurídico protegido en Derecho penal. *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*(34), 461-484.
- Delgado Porras, A. (2007). Propiedad Intelectual, Derecho de Autor y derechos conexos (afines) al de autor: nociones generales. En A. D. Porras, *Derecho de Autor y derechos afines al de autor. Recopilación de artículos* (págs. 265-292). Madrid: Instituto Autor.
- Díaz y García Conlledo, M. (2009). Delitos contra la propiedad intelectual e industrial. Especial atención a la aplicación práctica en España. *Derecho Penal y Criminología*, 30(88), 93-134.
- Díez Ripolles, J. L. (1997). El bien jurídico protegido en un Derecho Penal garantista. *Jueces para la democracia*(30), 10-19.
- Ferrajoli, L. (2012). El principio de lesividad como garantía penal. *Nuevo Foro Penal*, 100-114.

- Lascurain Sánchez, J. A. (1995). Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal. *Revista Chilena de Derecho*, 22(2), 251-264.
- Leyva Estupiñán, M. A. (2015). El bien jurídico y las funciones del Derecho Penal. *Revista Derecho Penal y Criminología*, 36(100), 63-73.
- Lima Vianna, T. (2006). La ideología de la propiedad intelectual: la inconstitucionalidad de la tutela penal de los derechos patrimoniales de autor. *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, 24(24), 233-249.
- Lipszyc, D. (2004). *Nuevos temas de derecho y derechos conexos*. Buenos Aires: UNESCO, CERLALC, Zavalía.
- Lipszyc, D. (2006). *Derecho de autor y derechos conexos*. Buenos Aires : UNESCO/CERLALC/Zavalía.
- Martínez Rincones, J. (Julio-Septiembre de 2005). La observancia de los derechos de propiedad intelectual desde la perspectiva del derecho penal. *Capítulo Criminológico*, 33(3), 281 - 308.
- Medina Jara, R. (1993). Constitución, bien jurídico y Derecho Penal. *Revista Chilena de Derecho*, 20(2-3), 303-310.
- Mir Puig, S. (1989-1990). Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites al ius puniendi. *Estudios penales y criminológicos*(14), 203-216.
- Organización Mundial de la Propiedad Intelectual . (s.f.). *Principios Básicos del Derecho de Autor y los Derechos Conexos*. Ginebra: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual .
- Otero Lastres, J. (2009). Introducción. En C. Fernández-Nóvoa, J. Otero Lastres, & M. Botana Agra, *Manual de la Propiedad Industrial*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.
- Pawlik, M. (2016). El delito, ¿lesión de un bien jurídico? *Indret. Revista para el análisis del Derecho*.
- Rebollo, C. I., & González Gordon , M. (2005). *Diccionario de Propiedad Intelectual* . Madrid: Reus y Fundación Aisge.
- Rodríguez-Mourullo Otero, A., & Bergareche Mendoza, N. (2007). Ilícitos civiles y penales contra la propiedad intelectual en el ámbito de Internet. *Actualidad Jurídica Uriá Méndez*(17).
- Sánchez, J. A. (1995). Bien jurídico y legitimidad de la intervención penal. *Revista Chilena de Derecho*, 22(2), 251-264.
- Szczaranski Vargas, F. L. (diciembre de 2012). Sobre la evolución del bien jurídico penal: un intento de saltar más allá de la propia sombra. *Polít. crim.*, 7(14), 378 - 453.
- Vallejo Trujillo , F. (enero-junio de 2012). Influencia de las Interpretaciones Prejudiciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones en los Fallos de Propiedad Intelectual de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. *Revista e-Mercatoria*, 11(1).

Zaffaroni, E. (1981). Reflexiones Políticos Criminales sobre la Tutela Penal de los Derechos de Autor. *Memoria de la II Conferencia Continental de Derecho de Autor*. Buenos Aires, Argentina: IIDA.

### **Legislación consultada**

Asamblea General de las Naciones Unidas (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Organización de Estados Americanos (1948). Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia.

Organización de Estados Americanos (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en la conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica. (Pacto de San José).

Organización de Estados Americanos (1988). Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. ("Protocolo de San Salvador").

Organización Mundial del Comercio (1994). Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC).

Tratado de libre comercio entre la República Dominicana - Centroamérica y los Estados Unidos (DR-CAFTA) firmado el 5 de agosto de 2004.

Tratado de Asociación Transpacífico adoptado el 5 de octubre de 2015.

Congreso Nacional de la República de Honduras (1983), Decreto 144-83 Código Penal de la República, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No.24, 264 de fecha 12 de marzo de 1984 y vigente a partir del 12 de marzo de 1985.

Congreso de la República de Guatemala (1998), Decreto No. 33/98 Ley de derecho de autor y derechos conexos de Guatemala.

Congreso Nacional de la República de Honduras (1999) Decreto 4-99-E de 13 de diciembre Ley de Derecho de Autor y de los Derechos Conexos. SIECA. Secretaria de Integración Económica Centroamericana.

Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica (2000), Ley N° 8039/2000 de 12 de octubre de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual.

Congreso Nacional de la República Dominicana (2000) Ley 65-00 de 21 de agosto sobre Derecho de Autor.